

# Keine Reform für die Zukunft

---

Tristan Lemke

2021-01-30T11:29:11

Am 1. Januar 2021 trat die jüngste Reform des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) in Kraft. Sie führte mit der finanziellen Beteiligung der Gemeinden an den Erträgen der Windenergie klammheimlich eine verfassungswidrige Abgabe ein: Durch das Zusammenspiel des neuen § 36k EEG 2021 mit der altbekannten EEG-Umlage fließt eine bei den Strom-Endverbrauchern erhobene Abgabe in die kommunalen Haushalte. Das kann auf keine Gesetzgebungskompetenz gestützt werden. Darüber hinaus führt die Deckelung der EEG-Umlage in den Jahren 2021 und 2022 in Verbindung mit § 36k EEG 2021 dazu, dass in verfassungswidriger Weise Bundesmittel den Gemeinden zur freien Verfügung gestellt werden.

## EEG-Umlage und Neuregelung 2021

Über die [EEG-Umlage](#) werden bestimmte Kosten der Förderung erneuerbarer Energien, die aufgrund gesetzlicher Bestimmungen (§§ 19 ff., 56, 57 EEG 2021) bei den Netzbetreibern anfallen, auf [grundsätzlich](#) alle Letztverbraucher umgelegt. Hierzu zählen insbesondere die Einspeisevergütung und die Marktprämie. Diese ihrer Natur nach unterschiedlichen Mechanismen dienen beide dazu, Betreibern von Erneuerbare-Energie-Anlagen über den Marktwert des von ihnen erzeugten Stroms hinaus für den jeweiligen Förderzeitraum eine zusätzliche Vergütung zukommen zu lassen. Dadurch wird die Rentabilität der Anlagen sichergestellt, was die Attraktivität von Investitionen in den Ausbau erneuerbarer Energien steigert. Insbesondere die Stromerzeugung durch Windenergieanlagen ist eine unverzichtbare Voraussetzung, um die Klimaziele zu erreichen und den Klimawandel aufzuhalten.

Tatsächlich ist jedoch 2020 der Ausbau der Windenergie weiter zurückgegangen, unter anderem [weil die Erteilung von Genehmigungen an lokalem Widerstand scheiterte](#). Um dem entgegenzuwirken wurde im Rahmen der jüngsten EEG-Reform § 36k EEG 2021 eingefügt. Nach dessen erstem Absatz können Betreiber von On-Shore-Windenergieanlagen freiwillig 0,2 Cent pro kWh an Gemeinden entrichten, die von der Errichtung der jeweiligen Windenergieanlage betroffen sind. Hierdurch soll die [Akzeptanz für Windenergieanlagen gesteigert werden und Flächenpotenziale für diese besser nutzbar gemacht werden](#) (S. 112). Mit anderen Worten soll durch die finanzielle Beteiligung der Gemeinden deren Bereitschaft gesteigert werden, weitere Bauwerke zuzulassen, die von Kritikern als für Landschaftsbild und Fauna störend wahrgenommen werden. Die hierdurch erzielten Einnahmen sind als nicht-steuerliche Einnahmen in den kommunalen Haushalten zu verbuchen. Die als Kehrseite hierzu entstehenden Kosten können sich die Windenergieanlagen-Betreiber über § 36k II EEG 2021 von den Netzbetreibern erstatten lassen. Hinzu tritt ein Pauschalbetrag in Höhe von 5 Prozent der geleisteten Zahlungen als Ersatz für die Transaktionskosten. Über § 60 I 1 EEG 2021 i.V.m. § 3 IV Nr. 10 EEG 2021 werden diese Kosten schließlich Teil der EEG-Umlage. Damit werden sie vom Netzbetreiber auf die Endverbraucher gewälzt.

## Abgabe statt Preisregelung

Durch diese Neuregelung verändert sich der Charakter der EEG-Umlage: Aus Preisregelung wird Abgabe. Die [Interpretation als Preisregelung hatte das EEG 2012](#) vor finanzverfassungsrechtlichen Bedenken gerettet: Der BGH trat der These, es handelte sich bereits damals bei der EEG-Umlage um eine Abgabe (Manssen, DÖV 2012, 499), mit dem Hinweis entgegen, die EEG-Umlage 2012 habe keine Aufkommenswirkung. Auch wenn der gesamte EEG-Geldfluss durch Gesetze bestimmt werde, flössen der öffentlichen Hand weder mittelbar noch unmittelbar Gelder zu. Stattdessen würden lediglich Leistungs-, Abnahme und Zahlungspflichten zwischen Privaten geregelt, was die EEG-Umlage vom verfassungswidrigen „[Kohlepfennig](#)“ unterscheide. Diese Grenze hat der Gesetzgeber nun eingerissen. Teile der EEG-Umlage stehen dem Staat zur freien Verfügung. Das Einzige, was jetzt noch zwischen dem Zugriff der Gemeinden, die von Windenergieanlagen betroffen sind, und dem Vermögen aller Strom-Endverbraucher steht, ist die Entscheidung der Windenergieanlagenbetreiber über das „Ob“ der Zahlung. Schließlich zahlen die Endverbraucher die EEG-Umlage, die nunmehr teilweise in den Gemeindehaushalten landet.

Das Ergebnis der Entscheidungsfindung durch die Anlagenbetreiber ist jedoch vorherbestimmt. Diese haben laut Gesetzesentwurf „[ein großes Eigeninteresse an den Zahlungen, da diese helfen können, die Akzeptanz seitens der Kommunen zu steigern](#).“ (S. 112) Die überwältigende Mehrheit wird diese kostenlose Werbemaßnahme nutzen; Jede [andere Entscheidung wäre vor den Gemeinden](#) schwer zu rechtfertigen, was die Zusammenarbeit bei künftigen Projekten erschweren dürfte. Diese Willensbetätigung eines Privaten, deren Ergebnis bereits feststeht, kann jedoch nicht dazu führen, dass keine Abgabe vorliegt.

## Steuer unvereinbar mit Ertragskompetenz

Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an diese Abgabe zu stellen sind, hängt davon ab, welcher Typus Abgabe vorliegt. Es kann sich um eine steuerliche- oder um eine nicht-steuerliche Abgabe handeln. Für die Abgrenzung ist [nicht die Bezeichnung der Abgabe entscheidend](#), sondern ihre konkrete Ausgestaltung (Rn. 76). Aus der Legaldefinition des § 3 AO, die weitestgehend dem verfassungsrechtlichen Steuerbegriff entspricht ([Jachmann, M/K/S, Art. 105 Rn. 3](#)), ergibt sich, ob eine Steuer vorliegt. Mit Ausnahme von Zwecksteuern ist für solche wesentypisch, dass ihr Aufkommen der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs dient. Das trifft auf den fraglichen Teil der EEG-Umlage zu. Er soll den Gemeinden [gerade ohne Zweckbindung](#) (S. 113) zur Verfügung gestellt werden. Als Gesetzgebungskompetenz für eine Steuer käme somit wie bei der Stromsteuer Art. 105 II 2, 106 I Nr. 2 GG in Betracht. Die Verfassungswidrigkeit des § 36k EEG 2021 ergäbe sich in diesem Fall bereits aus einem Verstoß gegen die Ertragskompetenz: Das Aufkommen einer derartigen Verbrauchssteuer stünde gem. Art. 106 I Nr. 2 GG dem Bund und nicht den Gemeinden zu. Als solche müsste es gem. Art. 110 I 1 GG auch in den Haushaltsplan des Bundes eingestellt werden,

damit [der Bundestag seiner Kontrollfunktion nachkommen kann](#), indem er u.a. die den Bürgern auferlegte Abgabenlast überblickt (Rn. 153).

## Verfassungswidrige Sonderabgabe

Wenn trotz der fehlenden Zweckbindung der fragliche Teil der EEG-Umlage nicht als Steuer, sondern als nichtsteuerliche Abgabe begriffen wird, bedarf es dennoch einer Gesetzgebungskompetenz. Es verbleibt dann nur der [Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenz des Art. 74 I Nr. 11 GG](#) (S. 81). Eine nichtsteuerliche Abgabe kann schließlich nicht auf eine Steuergesetzgebungskompetenz gestützt werden. Die Erhebung einer solchen nichtsteuerlichen Abgabe bedarf [nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG](#) (Rn. 121) stets einer gesonderten, über den Zweck der Einnahmenerzielung hinausgehenden Rechtfertigung. Das ergibt sich aus der Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung (Art. 104 a ff. GG), die unter anderem die Gesetzgebungskompetenzen für Steuern und die Verteilung der Einnahmen regelt. Die Finanzverfassung soll [nach dem Bundesverfassungsgericht](#) (Rn. 149) gewährleisten, dass der Bund und die Länder angemessen am Gesamtertrag der Volkswirtschaft beteiligt werden. Sie sollen mit genügend Mitteln zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben ausgestattet werden. Diese Regelungen wären überflüssig, wenn die in ihnen getroffenen Entscheidungen beliebig von Bund und Ländern unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenz umgangen werden könnten (Rn. 151).

Der daher erforderliche besondere Rechtfertigungsgrund kann darin liegen, dass die [nichtsteuerliche Abgabe eine Gegenleistung für eine staatliche Leistung darstellt](#) (Rn. 55). Damit können Gebühren und Beiträge gerechtfertigt werden. Bei einer nichtsteuerlichen Abgabe hingegen, die – wie vorliegend – den Finanzbedarf der öffentlichen Hand decken soll, kommen andere Kriterien zum Einsatz. Diese hat das Bundesverfassungsgericht in langjähriger und facettenreicher Rechtsprechung entwickelt. Eine zentrale Anforderung ist, dass nur eine [homogene Gruppe mit der Finanzierung eines Sachzweckes belastet werden darf, für den die Gruppe eine besondere Finanzierungsverantwortung trifft](#) (Rn. 123). Vereinfacht ausgedrückt bedeutet hierbei das Kriterium der Homogenität, dass sich die Gruppe durch bestimmte gemeinsame Merkmale von der Allgemeinheit abgrenzen lässt (123 f.). Hiervon kann bei der EEG-Umlage keine Rede sein: Kaum eine Gruppe weist eine größere Schnittmenge mit der Allgemeinheit auf als die Gruppe „Stromverbraucher“. Auch fehlt es – wie oben dargestellt – gerade an einem konkreten Finanzierungszweck. Somit ist der durch § 36k EEG 2021 verursachte Teil der EEG-Umlage, auch wenn man ihn als Sonderabgabe interpretiert, verfassungswidrig.

## Verfassungswidrige EEG-Umlage-Deckelung

Im Rahmen des Juni-Konjunkturpaketes wurde beschlossen, [aus Bundesmitteln einen Zuschuss zur EEG-Umlage zu leisten](#) (S. 5). Dadurch wird die [EEG-Umlage für 2021 auf 6,5 Cent pro kWh und für 2022 auf 6,0 Cent pro kWh](#) gedeckelt (S. 2). Hiermit wird die Verletzung der Finanzverfassung jedoch nicht geheilt,

sondern vertieft: Gehüllt in den Mantel der EEG-Umlage werden Mittel aus dem Bundeshaushalt den Gemeinden zur freien Verfügung gestellt. Sie werden ihnen lediglich durch § 36k I EEG 2021 von den Anlagenbetreibern ausgezahlt. Es handelt sich um verdeckte Zuweisungen des Bundes an die Länder. Art. 104a I GG verbietet jedoch Finanzhilfen des Bundes an die Länder ([Hellermann, M/K/S Art. 104a Rn. 55](#)), wenn – wie vorliegend – keine in der Verfassung geregelte Ausnahme einschlägig ist. Der Hintergrund der Vorschrift ist die historisch begründete Sorge, dass sich die Länder und Kommunen „goldene Zügel“ anlegen lassen, indem sie die autonome Wahrnehmung ihrer Kompetenzen gegen eine finanzielle Beteiligung des Bundes tauschen ([Heintzen, vM/K Art. 104a Rn. 4](#))

Es besteht die Versuchung, die Aufkommenswirkung der EEG-Umlage aufgrund der herangezogenen Bundesmittel bis 2022 zu verleugnen. Schließlich könnte der Zuschuss mindestens den durch § 36k EEG 2021 verursachten Teil der EEG-Umlage abdecken, so dass das Vermögen der Bürger bei einer Saldierung nicht mit dem durch § 36k I EEG 2021 korrumpierten Teil belastet wird. Dadurch wird jedoch die EEG-Umlage in einer Weise aufgeteilt, die nicht im Gesetz vorgesehen ist. Schließlich kann die von einem bayerischen Endverbraucher geleistete EEG-Umlage auch nicht der Marktprämie zugeordnet werden, die einem konkreten Anlagenbetreiber in Brandenburg gezahlt wird. Vielmehr hat dieser bayerische Endverbraucher jede Ausgabe anteilig mitfinanziert, die aus der EEG-Umlage bestritten wird, denn die gesamte EEG-Umlage ist als Einheit zu betrachten, die die Stromverbraucher und der Bund anteilig tragen. Diesen Anteilen entsprechend besteht der aufgrund von § 36k EEG 2021 anfallende Betrag aus einer verfassungswidrigen Abgabe und einer verfassungswidrigen Zuweisung.

## Ausblick

Der Vorfreude derjenigen, die ihre Stromrechnungen in Hinblick auf die Verfassungswidrigkeit der EEG-Umlage nur „unter dem Vorbehalt der Rückforderung“ begleichen wollen, muss jedoch ein Dämpfer versetzt werden: Bereits im Rahmen der Kohlepfennig-Entscheidung beschränkte sich das Bundesverfassungsgericht darauf, die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift festzustellen, [gleichzeitig aber ihre vorübergehende Weitergeltung anzuordnen](#) (Rn. 94). Dadurch, dass dem Gesetzgeber eine Frist zur Korrektur seines Vergehens eingeräumt wurde, konnte ein schonender Übergang von der verfassungswidrigen zur verfassungskonformen Rechtslage erfolgen. Um § 36k EEG 2021 ein ähnliches Schicksal zu ersparen, könnte eine erneute EEG-Novelle noch vor der Bundestagswahl genutzt werden, um die dargelegten verfassungsrechtlichen Probleme – und die darüber hinaus bestehenden beihilfenrechtliche Bedenken – auszuräumen.